



www.cielolaboral.com

Elementos para una elaboración conceptual de la discapacidad

por David Lantarón Barquín

Todo Estado Social ha de velar como nota que, junto a otras, confiere carta de naturaleza a tal señal identitaria, por la tutela de la persona con discapacidad. Los organismos internacionales, la Unión Europea y sus Estados Miembros, entre ellos España, se han afanado desde luego en tal menester. La Convención 61/106 de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o la Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas, son inequívocos síntomas de su importancia a escala mundial.

Organismo especializado de aquélla, la OIT aborda esta materia con el “carácter pionero y universal” de su Convenio núm. 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), del año 1983, que pretende asegurar la igualdad de oportunidades entre trabajadores discapacitados y trabajadores en general, y la readaptación profesional de aquéllos. Convenio completado por la Recomendación núm. 168 de idéntico año, que completa a su vez la Recomendación núm. 99 (1955) sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos. También relevante es, como organismo igualmente especializado, el papel de la Organización Mundial de la Salud, que aprobó en el año 2001 *La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF-2001), que “entiende la discapacidad como un fenómeno multidimensional, resultado de la interacción de las personas con su entorno físico y social”.

Por su parte, la Unión Europea ha de tratar «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones (...) de luchar contra toda discriminación por razón de (...) discapacidad (art. 10TFUE). Discapacidad igualmente contemplada en el art. 26 CDFUE, de rúbrica “integración de las personas discapacitadas”, al disponer que «la Unión reconoce y garantiza el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

Importante es en este sentido la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. Esta directiva, es de destacar, “figura entre los actos comunitarios relativos a materias regidas por la Convención *de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* en el ámbito de la inclusión social, el trabajo y el empleo, tal como se extrae del apéndice que se adjunta a la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, razón por la que de suyo se deduce que ésta debe ser interpretada, en cuanto sea posible, de conformidad con las estipulaciones de la convención”. Decisión mediante la que la UE acoge la Convención.

En España, la política de favorecimiento del discapacitado y en particular, en el ámbito laboral, de su contratación como vía fundamental de integración social, cuenta, amén de la normativa antevista, con el apoyo del terminológicamente remozado texto constitucional en su artículo 49 CE. Sin olvidar, como recuerda la STC 269/1994, la trascendencia de un entendimiento correcto del art. 14 CE y el art. 9.2 CE. Y el protagonismo para adaptar primeramente nuestra legislación a la

Convención correspondió a la L. 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE, 2-VIII). Y al [Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre \(BOE, 17-IX\)](#). La DA primera de este RD atribuyó al CERMI, a los efectos del art. 33.2 de la Convención y “en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad”, la condición de “mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España” de la Convención. Y ello “sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos”.

Es evidente que la aplicación de esta normativa precisa, en primer lugar, en todos los ámbitos y desde luego en el nuestro, social, la fijación clara de lo que por “discapacidad” ha de entenderse. Y, en este camino, acoger una convención sobre dónde situar el umbral –grado cifrado en un porcentaje en la actualidad ex art. 4 Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, BOE, 26-I-2000– que se erige como frontera con la capacidad. Precisa también, en segundo lugar, ofrecer un más depurado tratamiento jurídico frente a la reversibilidad de tal situación. Demanda también, por último en esta exposición, categorizar o valorar la conveniencia o no de una discriminación dentro de esa discapacidad. Y determinar cómo esta compartimentalización ha de proyectarse sobre el tratamiento jurídico de la discapacidad con una eventual progresión –y consecuente diferenciación– en las medidas para favorecer este colectivo o en su intensidad.

Sobre el primer particular, la seguridad jurídica que proyectan sobre esta situación la existencia de un procedimiento administrativo para su reconocimiento, declaración y calificación del grado (regulado en el mentado RD 1971/1999) o, en su respectivo ámbito, el registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo referido en el art. 38.2 R.D-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE del 4-XII), no cambian sustantivamente las cosas. Texto, este último, frontispicio en nuestro país en la materia a estudio.

Se trata de un concepto difícil de aprehender, no homogéneo, hablando Pérez Pérez de la “fragmentación normativa de algo tan relevante como es la determinación de la condición de persona con discapacidad”, homogeneidad conceptual precisa, por ejemplo, para mejorar la aplicación de la cuota de reserva. Negando el TS una interpretación del art. 1.2 L. 51/2003 tal que permitiera «la atribución con carácter general del estatus o condición de discapacitado» (STS de 21 de marzo de 2007, Rec. 3902/2005).

Sin llegar a tal, se trata de una especie de concepto jurídico indeterminado, más allá del conocido umbral legal del 33%, que en lo negativo no puede ser confundido con la enfermedad y en lo positivo se trata de un concepto evolutivo. Comenzando por esto último, el considerando e) y los artículos 1 y 2.4 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad parten “*de una premisa: que la discapacidad se configura como un concepto evolutivo en conexión con la interacción de las personas que se encuentran afectadas por ciertas deficiencias –sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo– y los obstáculos que dificultan su participación efectiva y plena en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Advirtiéndose además –Valdés Alonso– tres modelos en la evolución de este concepto: médico legal, social y “de ciudadanía”.

Preciso es destacar, igualmente, la importancia del análisis de la jurisprudencia comunitaria (A título de ejemplo, véase STJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05 Chacón Navas), observada por nuestro Tribunal Supremo [STS (Social) de 31 de enero de 2011, Recurso núm. 1532/2010], según la cual la enfermedad no es discapacidad, no siendo tenida en cuenta como factor discriminatorio en la citada Directiva 2000/78/CE. Jurisprudencia comunitaria objeto de posible, según las circunstancias, excepción –igualmente con reflejo ya en nuestro Alto Tribunal– para enfermedades de larga duración con proyección sobre la actividad profesional [a título de ejemplo, STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, asunto Mohamed Daoudi].

En segundo lugar, el tránsito entre capacidad y discapacidad es, afortunadamente, bidireccional. Y puede ser parcial, segregando calificación de régimen jurídico. Comenzando por lo primero,

autorizada doctrina advierte que la tradicional visión asistencialista de la discapacidad partía “de la premisa de una incapacidad para el trabajo y de su difícil reversibilidad, aplicando una lógica paralela a la de la invalidez «adquirida»”. Irreversibilidad que “aparece, por así decirlo, como una ventaja para el afectado, lo mismo que su posible reversibilidad como una desventaja” (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

Sin embargo, estamos sin duda alguna ante una situación médica y/o legamente reversible. Médicamente porque los avances de la ciencia médica coadyuvados por la biotecnología, entre otras ramas del saber, es vertiginoso y la situación de la persona discapacitada puede, en muchos ámbitos, cambiar. Perder su condición de tal, también legalmente. Posibilidad como es natural legalmente contemplada en el art. 11 RD 1971/1999, de rúbrica “revisión del grado de minusvalía”, con limitaciones inicialmente razonables. Pero con otras acaso no tanto.

Así, con carácter general, esta norma reglamentaria incorpora una D.Tª. única que endurece - “exención de un nuevo reconocimiento para los declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33 por 100”- dicha revisión para las declaraciones anteriores a su entrada en vigor. Y también descendiendo a casos particulares. Pensemos por ejemplo en la sordera y los implantes cloqueares y su evolución, técnicas antes impensables. La recuperación de la salud y su grado –si suficiente- podrían determinar la pérdida de la condición de persona discapacitada y consiguiente, pensamos, inaplicabilidad en líneas generales de su estatuto jurídico. Más hete aquí que el Capítulo XIII del Anexo 1 de esta norma reglamentaria en cuestión manifiesta que “cuando al paciente le haya sido aplicado un implante coclear, la valoración de la deficiencia se realizará de acuerdo con la función auditiva residual que presente una vez concluida la rehabilitación, teniendo en cuenta que el porcentaje de discapacidad asignado nunca podrá ser inferior al 33%”. Se topa legalmente, pues, la entidad de esa revisión. Más allá del caso concreto, la evolución en el campo de la medicina entendemos permitirá, afortunadamente, un cada vez mayor número de casos en este sentido. Situaciones que, en cuanto a su régimen jurídico de tutela, no pueden quedar al albur de la autonomía de la voluntad.

Pero es que esta segunda línea de reflexión puede seguir otros derroteros, toda vez que meros cambios legales podrían tener incidencia en este ámbito. Pensemos, por ejemplo, en la constitucionalización de la lengua de signos como lengua oficial del Estado. ¿Qué implicaría? Cuanto menos un cambio de entendimiento del estatuto jurídico de la persona con déficit auditivo pero con dicha capacidad de expresión. ¿Podría ser considerada como discapacitada una persona con déficit auditivo que “habla” y “escucha” una lengua oficial del Estado? Y de serlo, ¿en qué medida? ¿No habría de incidir ello en la articulación de su protección jurídica? Basten estas sencillas interrogantes para dejar entrever la enjundia jurídica de una cuestión que apunto como mera reflexión.

Por otra parte, parece posible y cada vez más plausible que personas sin discapacidad puedan verse parcialmente beneficiadas del régimen jurídico de éstas, rompiéndose la correspondencia entre la calificación de la persona como con discapacidad y el régimen protector, parcialmente exorbitante. No debemos olvidar en tal sentido que la DA vigésimo cuarta 2 L. 35/2010 manifiesta que “el Gobierno estudiará, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, las medidas oportunas para mejorar la empleabilidad de las personas con capacidad intelectual límite que no alcancen un grado de discapacidad mínimo del 33 por ciento”. En idéntico sentido la DA sexta L. 26/2011 contempla como “medidas en favor de las personas con capacidad intelectual límite” que el “Gobierno, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad, y en el plazo de doce meses, presentará medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, que tengan reconocida oficialmente esta situación, aunque no alcancen un grado de discapacidad del 33 por ciento. Reglamentariamente el Gobierno determinará el grado mínimo de discapacidad necesario para que opere esta aplicación”.

Por último, en tercer lugar, aspecto éste que cuenta sin duda con una mayor positivización, la necesidad de compartimentalizar la discapacidad discriminando tipológicamente la misma,

variando, en consecuencia, de manera acorde las medidas normativas para su atención. Pensemos que la DA primera del tan traído RD 1971/1999 habla de la certificación “por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente, a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita”.

El RD 870/2007, de 2 de julio, regulador del empleo con apoyo (BOE de 14-VII) recalca en esta filosofía afirmando que las nuevas fórmulas de las políticas activas de empleo, cuya prioridad sea la inserción laboral en el mercado de trabajo ordinario, *han de tener en cuenta la diversidad y pluralidad que caracteriza a la población con discapacidad, debiéndose atender de forma diferente según las demandas y necesidades que cada grupo de trabajadores con discapacidad presenta. En efecto, dentro del conjunto de las personas con discapacidad, existen grupos que, debido al tipo de deficiencia concreta que tienen, como por ejemplo parálisis cerebral o trastornos del espectro autista, o a su grado de minusvalía, se encuentran con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo. Esta realidad exige la adopción de medidas específicas, que podrían considerarse de acción positiva dentro del grupo de las personas con discapacidad, ya que se trata de tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad que tienen más dificultades de inserción laboral* (EM).

Dentro de esta discriminación en el seno del propio colectivo de las personas discapacitadas, hay claramente, al menos en el ámbito laboral pero entendemos extrapolable a otros, dos colectivos que presentan mayor necesidad de protección. Y que han merecido una mayor atención legal. Se trata de los discapacitados con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%. Y aquellos que presentan discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

El RD 290/2004, de 20 de febrero, regulador de los Enclaves Laborales (BOE 21-II) los contempla a efectos de ser destinados en los mismos y los califica como grupos de trabajadores que presentan «especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo». De discapacitados con “especiales dificultades de inserción” –apreciándose una nueva necesidad de homogeneizar conceptos- habla el art. 2.1 RD 870/2007. Idénticos colectivos y terminología contemplados en el Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral (BOE, 2-III). Así mismo, las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional (RD 469/2006, de 21 de abril, BOE, 22-IV), tienen como destinatarios finales trabajadores con discapacidad de los Centros Especiales de Empleo con este idéntico doble perfil.

Todas estas normas reglamentarias suman algún colectivo adicional, pero ya a efectos de su específico tratamiento legal. Así: el RD 469/2006 incluye otros trabajadores con discapacidad del CEE no incluidos anteriormente a los que las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional podrán prestar servicio siempre y cuando la dedicación a estos trabajadores no menoscabe la atención de los incluidos en el apartado anterior; el RD 870/2007 incluye entre los discapacitados “con especiales dificultades de inserción”, asimilados a aquellos con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65% a efectos del tiempo mínimo de atención exigido en el artículo 7 y de las subvenciones establecidas en el artículo 8, las personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100 (DA primera RDAE); y el art. 6 RD 290/2004 suma en los Enclaves Laborales las mujeres con discapacidad no incluidas en las dos categorías anteriores «con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100». El 60% de los discapacitados destinados al enclave deben ser todos estos que presentan «especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo» aunque el colectivo correspondiente a las mujeres con el citado grado de discapacidad no pueden suponer más de la mitad del indicado porcentaje. Trabajadores con «especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo» por los cuales la Empresa Colaboradora disfruta además mayores incentivos.

Parece, además, que de estos dos colectivos de personas con discapacidad es el primero, el que goza de una mayor protección. Se amplía por ejemplo para el mismo la duración máxima de los Proyectos de Empleo con Apoyo cuando se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo a los mismos (art. 5 RD).

E incluso cabría reflexionar si dentro del mismo no es posible aún hacer mayores distinguos, profundizar en la categorización y tutela, pues la normativa no siempre agota todos los supuestos incluidos en aquél colectivo. La propia OMS ha destacado respecto de la enfermedad mental “como uno de los principales problemas que acompañan a los trastornos mentales la sistemática violación de los derechos humanos de los sujetos que los padecen, así como el estigma social y exclusión a que se ven sometidos”. Proyección de esta filosofía, en las Sociedades Laborales (L. 4/1997), no se computan en los porcentajes máximos de horas-año trabajadas por quienes no tengan suscritas y desembolsadas acciones de la sociedad, amén de los contratos temporales, “trabajadores con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33 por ciento”. También, dentro de un ámbito distinto del colectivo genérico, el art. 59 EBEP reserva un 2% del 7% de las plazas ofertadas a discapacitados en las convocatorias de empleo público a discapacitados intelectuales. Discapacidad intelectual que además permite, según hemos visto, romper la correspondencia entre la calificación de la persona como discapacitado y el régimen jurídico a aplicar propio de la misma.

En resumen, la construcción del régimen jurídico de la discapacidad precisa un acotamiento conceptual de esta realidad, y una sistematización tipológica en su seno, que pueden progresar por los caminos apuntados en esta reflexión.

David Lantarón Barquín

Profesor Titular (Acreditado para Catedrático de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cantabria

* Se señala que las consideraciones contenidas en la presente intervención son fruto exclusivo del pensamiento del autor y no tienen en ningún modo carácter vinculante para la administración de pertenencia.